

# 2013年版

研习历年试题  
就是做未来真正考题

统计表明：每年司考重复考查考点高达80%，解读历年试题是复习备考的最佳捷径

## 司法考试 历年试题及考点归类精解

### 民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编 张能宝/主编

最新权威版本

本书由法律社连续11年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2008—2012历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

全面解密连续5年考试命题规律、考查重点、考查方式



# 司法考试历年试题及考点归类精解

2013年版

## 民事诉讼法与仲裁制度

法律考试中心/组编

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 主 编 | 张能宝 |     |     |
| 副主编 | 杨艳霞 | 张 玲 | 田域基 |
| 撰稿人 | 张能宝 | 杨艳霞 | 张 玲 |
|     | 田域基 | 刘亚莉 | 李慧琦 |
|     | 郭 玮 | 倪 燕 | 汪涵中 |
|     | 施金晶 | 周 静 | 郭卓君 |
|     | 张子茹 | 池 骋 | 祖 婷 |
|     | 李梦娜 | 夏黎黎 | 王光明 |
|     | 刘金坤 | 张劲晗 |     |

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法与仲裁制度 :2013 年版 / 张能宝主编;  
法律考试中心组编. —北京:法律出版社,2012. 10  
(司法考试历年试题及考点归类精解)  
ISBN 978-7-5118-4122-3

I. ①民… II. ①张… ②法… III. ①民事诉讼法—  
中国—法律工作者—资格考试—题解②仲裁—制度—中国  
—法律工作者—资格考试—题解 IV. ①D925-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 244310 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 汪 锋

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/7.75 字数/242 千

版本/2012 年 12 月第 1 版

印次/2012 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4122-3

定价(全 8 册):158.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

## 民事诉讼法

|                         |        |                      |        |
|-------------------------|--------|----------------------|--------|
| 关于民事诉讼法修改的整体说明 .....    | ( 1 )  | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 53 ) |
| 第一部分 2008—2012 年司法考试分值分 |        | (四)备考提示 .....        | ( 53 ) |
| 布、命题基本规律与复习技巧 .....     | ( 4 )  | 七、一审、二审和再审 .....     | ( 53 ) |
| 一、司法考试分值分布 .....        | ( 4 )  | (一)单项选择题 .....       | ( 53 ) |
| 二、命题基本规律与复习技巧 .....     | ( 4 )  | (二)多项选择题 .....       | ( 63 ) |
| (一)命题基本规律 .....         | ( 4 )  | (三)不定项选择题 .....      | ( 69 ) |
| (二)复习技巧 .....           | ( 4 )  | (四)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 75 ) |
| 第二部分 客观试题归类精解 .....     | ( 6 )  | (五)备考提示 .....        | ( 76 ) |
| 一、基本概念 .....            | ( 6 )  | 八、简易程序 .....         | ( 77 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 6 )  | (一)单项选择题 .....       | ( 77 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 12 ) | (二)多项选择题 .....       | ( 78 ) |
| (三)已考考点及已考法条归纳 .....    | ( 17 ) | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 79 ) |
| (四)备考提示 .....           | ( 18 ) | (四)备考提示 .....        | ( 79 ) |
| 二、管辖 .....              | ( 18 ) | 九、特别程序 .....         | ( 80 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 18 ) | (一)单项选择题 .....       | ( 80 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 20 ) | (二)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 81 ) |
| (三)不定项选择题 .....         | ( 23 ) | (三)备考提示 .....        | ( 81 ) |
| (四)已考考点及已考法条归纳 .....    | ( 25 ) | 十、督促程序 .....         | ( 81 ) |
| (五)备考提示 .....           | ( 26 ) | (一)单项选择题 .....       | ( 81 ) |
| 三、当事人 .....             | ( 26 ) | (二)多项选择题 .....       | ( 82 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 26 ) | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 83 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 32 ) | (四)备考提示 .....        | ( 83 ) |
| (三)不定项选择题 .....         | ( 34 ) | 十一、公示催告程序 .....      | ( 83 ) |
| (四)已考考点及已考法条归纳 .....    | ( 36 ) | (一)单项选择题 .....       | ( 83 ) |
| (五)备考提示 .....           | ( 37 ) | (二)多项选择题 .....       | ( 84 ) |
| 四、民事诉讼证据 .....          | ( 37 ) | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 84 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 37 ) | (四)备考提示 .....        | ( 84 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 42 ) | 十二、执行 .....          | ( 85 ) |
| (三)已考考点及已考法条归纳 .....    | ( 44 ) | (一)单项选择题 .....       | ( 85 ) |
| (四)备考提示 .....           | ( 45 ) | (二)多项选择题 .....       | ( 89 ) |
| 五、案件受理条件与调解 .....       | ( 45 ) | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 90 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 45 ) | (四)备考提示 .....        | ( 91 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 49 ) | 十三、期间、送达、诉讼费用、涉外民事   |        |
| (三)已考考点及已考法条归纳 .....    | ( 50 ) | 诉讼程序 .....           | ( 91 ) |
| (四)备考提示 .....           | ( 50 ) | (一)单项选择题 .....       | ( 91 ) |
| 六、保全、先予执行 .....         | ( 50 ) | (二)多项选择题 .....       | ( 94 ) |
| (一)单项选择题 .....          | ( 50 ) | (三)已考考点及已考法条归纳 ..... | ( 97 ) |
| (二)多项选择题 .....          | ( 51 ) | (四)备考提示 .....        | ( 97 ) |
|                         |        | 第三部分 案例分析题集中精解 ..... | ( 97 ) |
|                         |        | 一、试题解析 .....         | ( 97 ) |

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 二、已考考点及已考法条归纳 ..... | (107) |
| 三、备考提示 .....        | (108) |

## 仲 裁 法

### 第一部分 2008—2012 年司法考试分值分

#### 布、命题基本规律与复习技巧 ... (109)

#### 一、司法考试分值分布 ..... (109) |

#### 二、命题基本规律与复习技巧 ..... (109) |

### 第二部分 客观试题归类精解 ..... (109) |

#### 一、仲裁协议、仲裁和诉讼的区别 和联系 ..... (109) |

#### (一) 单项选择题 ..... (109) |

#### (二) 多项选择题 ..... (111) |

### 二、仲裁机构与仲裁程序 ..... (113) |

#### (一) 单项选择题 ..... (113) |

#### (二) 多项选择题 ..... (114) |

### 三、仲裁裁决的撤销 ..... (114) |

#### (一) 单项选择题 ..... (114) |

#### (二) 多项选择题 ..... (115) |

### 四、仲裁裁决的执行和不予执行 ..... (116) |

#### 单项选择题 ..... (116) |

### 五、已考考点及已考法条归纳 ..... (116) |

### 六、备考提示 ..... (117) |

### 第三部分 案例分析题集中精解 ..... (118) |

#### 一、试题解析 ..... (118) |

#### 二、已考考点及已考法条归纳 ..... (120) |

#### 三、备考提示 ..... (120) |

# 关于民事诉讼法修改的整体说明

2012年8月31日,全国人大常委会第二十八次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,该决定自2013年1月1日起施行。至此,引起社会各界广泛关注和热烈讨论的民事诉讼法修正案终于尘埃落定。

## 一、本次民事诉讼法修改的目的与指导思想

修改前的民事诉讼法颁布于20世纪90年代初,其制定深受计划经济体制下形成的传统价值观念的影响。随着市场经济体制在我国的全面确定和发展以及民事审判理论研究和审判方式改革的逐渐深入,民事诉讼法所存在的缺陷与不足已开始逐渐呈现在我们面前。2007年民事诉讼法修改主要涉及审判监督程序和执行程序,具有局部性、过渡性的特点。此后,社会各界对民事诉讼法的全面修改依然充满强烈的期待。本次民事诉讼法修改具有覆盖面广、内容深入,紧跟时代步伐,并与世界接轨的特点。立足于我国现实国情和多年民事司法改革取得的经验,以修改前民事诉讼法的施行现状为依据,以满足人民群众对公正、效率、迅捷解决民事纠纷的要求为目的,按照民事诉讼运行的规律对现行的民事诉讼制度进行调整。既兼顾公平与效率,又很好地保障当事人的程序权利,充满了现代立法的人文关怀。

## 二、本次民事诉讼法修改的主要内容

### (一)增加诚实信用原则作为民事诉讼法基本原则之一

诚实信用原则被奉为民事活动应遵循的“帝王条款”,逐渐由私法领域拓展到公法领域,本次民事诉讼法修改增加了对诚实信用原则的原则性和适用性规定:

1. 诚实信用原则概述。本次民事诉讼法修改于第13条增加1款作为第1款:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”民事诉讼中诚实信用原则是指当事人或其他诉讼参与人进行诉讼行为时行使诉讼权利或履行诉讼义务,以及法官行使国家审判权进行审判行为时,主观上应诚实、善意。其目的主要在于规范当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为,防止当事人滥用诉讼权利;同时规制审判权的行使,保障民事诉讼的顺利进行。诚实信用原则作为民事诉讼基本原则,规范整个民事诉讼活动,贯穿于民事诉讼的始终。

2. 诚实信用原则在民事诉讼中的具体应用。为将诚实信用原则落到实处,本次民事诉讼法修改增加了第112条和第113条规制恶意诉讼的规定。恶意诉讼是指当事人利用诉讼为自己获取不正当利益的诉讼行为。增加对恶意诉讼的规制条款主要目的在于防范目前司法实践中大量存在的不诚信行为以及解决长期存在的“执行难”问题。目前,恶意诉讼行为主要以虚假诉讼、诈骗诉讼、骚扰诉讼等形式出现。

### (二)强化检察监督

针对我国检察监督工作中存在的监督范围不明、监督方式单一、监督程序不当等制度性缺陷,为强化法律监督工作,本次民事诉讼法修改分别在总则和分则对检察监督作如下补充修改:

1. 扩大检察监督的范围。现行《民事诉讼法》明确规定人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督,根据公权力的行使具有的谦抑性原则,人民检察院对于人民法院除审判活动以外的活动无法问津,而本次民事诉讼法修改将其完善为人民检察院有权对民事诉讼和民事执行活动实行法律监督,这就表明检察监督的范围扩大到了民事诉讼从立案到作出生效裁判,直至执行活动结束的全部过程。本次民事诉讼法修改还增加了人民检察院对于调解书的检察监督,对于损害国家利益、社会公共利益的调解书,人民检察院应当提出再审检察建议或者提出抗诉。

2. 增加检察监督的方式。本次民事诉讼法修改除保留原有的抗诉制度外,增加检察建议作为人民检察院对民事诉讼实行法律监督的法定方式。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力、符合再审条件的,或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的,可以向同级人民法院提出检察建议,并报上级人民检察院备案。

3. 强化检察监督的手段。增加了人民检察院因履行法律监督职责的需要向当事人或者案外人调查核实



有关情况的权力,使得检察监督手段的多元化而且更具体可行。

### (三)调整管辖的相关规定

1. 增加公司诉讼作为特殊地域管辖的一种形式。为方便人民法院对公司诉讼的管辖和当事人诉讼、提高诉讼效率,本次民事诉讼法修改一改以往公司诉讼一律适用一般地域管辖的规定,将因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼,改由公司住所地人民法院管辖。

2. 完善协议管辖的相关规定。本次民事诉讼法修改将“其他民事权益纠纷”增加为国内诉讼可以适用协议管辖的类型之一,同时,扩大了当事人可以协议选择管辖法院的范围。在原民事诉讼法列举的被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地五类管辖法院的基础上,增加了其他“与争议有实际联系的地点的人民法院”的管辖权。

3. 加大对管辖权下移的限制。本次民事诉讼法修改增加了对管辖权下移的限制条件。管辖权转移包括管辖权下移和管辖权上移。本次民事诉讼修改加大对管辖权下移的限制表现为:上级人民法院将案件移转给下级人民法院的前提为确有必要,并且必须履行报请其上级人民法院批准的程序。

4. 增加国内诉讼的应诉管辖规定。本次民事诉讼法修改删去了涉外民事诉讼中关于默示协议管辖的规定,自此,国内诉讼和涉外诉讼统一适用应诉管辖的相关规定。应诉管辖是指当事人未在法定期间提出管辖权异议并应诉答辩的,在不违反级别管辖和专属管辖的条件下,视为受诉人民法院有管辖权。

### (四)增加公益诉讼的相关规定

公益诉讼,无论在英美法系国家还是大陆法系国家都形成了各具特色的制度,而在我国民事诉讼法中却处于缺位状态。近年来大量出现的环境污染等严重侵害公共利益的行为,使得公益诉讼问题成为理论界和实务界关注的热点问题之一。公益诉讼包括行政公益诉讼和民事公益诉讼。本次民事诉讼法修改增加了关于民事公益诉讼的相关规定。民事公益诉讼是指法律规定的机关和有关组织,为了社会公共利益,以自己的名义向国家司法机关提起的诉讼。根据《民事诉讼法》第55条的规定:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”民事公益诉讼的适用需注意以下问题:

1. 公益诉讼的范围,即对哪些争议可以提起公益诉讼。污染环境和侵害众多消费者合法权益的行为可以提起公益诉讼,其他损害社会公共利益的行为亦可提起民事公益诉讼。

2. 提起公益诉讼的主体,即谁有资格提起公益诉讼。纵观各国,对于提起公益诉讼原告的限定主要分为一元资格模式和多元资格模式。本次民事诉讼法修正案采纳多元资格模式,即将其界定为法律规定的机关和有关组织,如海洋环境保护法规定的海洋环境监督管理部门代表国家对破坏海洋环境给国家造成重大损失的责任者提出损害赔偿要求。本次民事诉讼法修改将“个人”排除在公益诉讼的主体之外,个人利益受损的可以通过侵权之诉等方式实现其诉权。

### (五)增加第三人撤销之诉的相关规定

为强化对第三人的程序保障、实现程序公正,本次民事诉讼法增加了关于第三人撤销之诉的相关规定。第三人撤销之诉是指有正当理由未参加民事诉讼的第三人,有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误,损害其民事权益的,向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起的请求改变或者撤销原判决、裁定、调解书的诉讼。关于第三人撤销之诉的适用:首先,有权提起第三人撤销之诉的主体为因不能归责于本人的事由未参加诉讼的有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人;其次,有证据证明发生法律效力判决、裁定、调解书的内容部分或者全部错误,损害其民事权益;再次,诉讼时效为自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起6个月内;最后,管辖法院为作出该判决、裁定、调解书的人民法院。

### (六)调整证据制度的相关规定

本次民事诉讼法修改对证据制度的调整颇多,其变化主要表现在:

1. 证据种类的变化。本次民事诉讼法修改曾加“电子证据”作为法定证据种类之一,实现了与刑事訴訟法的统一;将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”,更契合鉴定制度的本质特征;调整证据种类之间的顺序。具体表现为《民事诉讼法》第63条第1款规定:“证据包括:(一)当事人的陈述;(二)书证;(三)物证;(四)视听资料;(五)电子数据;(六)证人证言;(七)鉴定意见;(八)勘验笔录。”

2. 增加当事人及时举证义务的规定。本次民事诉讼法修改增加了当事人及时举证的义务及逾期举证法律效果的相关规定。当事人对自己提出的主张应当及时提供证据,而举证的期限以及逾期提供的证据是否采

纳由法院自由裁量,不能构成再审事由之一。在适用该规定时,首先应判断当事人逾期提供证据是否有正当理由。如果理由成立,直接进入证据认定程序。如果理由不成立,则法院根据不同情节可以有三种办法来处理:分别为训诫、罚款及不予采纳该证据。所谓的不予采纳该证据,即虽提供证据,但不进行证据的认定程序。该规定的目的在于保证诉讼顺利进行,促使当事人积极举证。

3. 增加法院出具证据收据的规定。人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等,并由经办人员签名或者盖章。增加该项规定旨在更好的保护当事人的诉讼权利。

4. 完善证人出庭的相关规定。为解决实践中存在的“出庭难”问题,本次民事诉讼法修改完善了关于证人出庭的相关规定,明确了何种情形下,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证,即因健康原因不能出庭的、因路途遥远,交通不便不能出庭的、因自然灾害等不可抗力不能出庭的及其他有正当理由不能出庭的。本次民事诉讼法修改还增加了关于鉴定人出庭作证的规定,并将专家辅助人作为证人的一种正式规定于民事诉讼法中,专家辅助人亦具有出庭义务。

#### (七)调整保全制度的相关规定

本次民事诉讼法修改将第九章的章名以及多条法条中的“财产保全”修改为“保全”,增加了诉前证据保全和行为保全的内容,删去了原民事诉讼法中的涉外编中的“财产保全”一章,统一了涉外民事诉讼财产保全和国内民事诉讼财产保全的规定,变化较大。

#### (八)调整关于一审程序的相关规定

1. 增加先行调解制度的相关规定。为充分发挥调解制度的功能,本次民事诉讼法修改借鉴《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规定》)中关于六类案件适用调节前置的规定,将先行调解的适用扩展至第一审普通程序,并且不限制适用先行调解的案件类型。先行调解是指法院在民事诉讼程序开始之前对双方当事人之间的纠纷进行的调解。先行调解的适用必须遵循当事人自愿原则,当事人拒绝调解的,应当及时判决。

2. 增加开庭准备程序的相关规定。为提高诉讼效率,本次民事诉讼法修改增加了案件受理后、开庭审理前,人民法院据情分别处理的规定。对于当事人没有争议,符合督促程序规定条件的案件,可以转入督促程序;开庭前可以调解的案件,采取调解方式及时解决纠纷;根据案件情况,确定适用简易程序或者普通程序;需要开庭审理的,人民法院应通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。

#### (九)调整简易程序的相关规定

1. 扩大简易程序的适用范围。为尊重当事人的程序处分权,本次民事诉讼法修改增加了当事人对适用简易程序的选择权,将简易程序的适用范围扩大至第一审普通民事案件,不再局限于简单民事案件。

2. 增加小额诉讼程序。为实现繁简分流的效率要求,本次民事诉讼法修改增加了小额诉讼程序的相关规定。根据《民事诉讼法》第162条的规定:“基层人民法院和它派出的法庭审理符合本法第一百五十七条第一款规定的简单的民事案件,标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的,实行一审终审。”小额诉讼程序是指针对请求小额金钱或者其他替代物或者有价证券的简单民事案件适用的比简易程序更简便易行的诉讼程序。

从民事诉讼法修改增加的小额诉讼程序规定来看,其立法模式采用的是在民事诉讼法中设置特别条文的方式。其适用需要注意以下问题:

(1)关于小额诉讼的适用范围。小额诉讼适用于标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资30%以下的的第一审简单民事案件。

(2)关于小额诉讼的管辖法院。小额诉讼的管辖法院为基层法院及其派出法庭。

#### (十)构建纠纷的多元解决机制、实现诉讼与非诉的衔接

为了最大限度地节省司法资源、提高诉讼效率,使诉讼与非诉更好的衔接,本次民事诉讼法修改增加了关于先行调解、调解协议司法确认和担保物权司法实现方式以及督促程序和诉讼程序的转换等规定。将调解协议司法确认规定和担保物权司法实现方式分别作为“第十五章特殊程序”的第六节和第七节,具体指经过司法确认的调解协议具有强制执行效力,符合法律规定的担保物权无须诉讼即可由法院强制执行。督促程序和诉讼程序的转换分为诉讼程序向督促程序的转换以及督促程序向诉讼程序的转换,前者是指案件受理后、开庭审理前,当事人没有争议,符合督促程序规定条件的,可以转入督促程序;而后者则指督促程序中的债务人的有



效异议导致督促程序终结、支付令失效的,可以直接转入诉讼程序,但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。此处,在实现诉讼与非诉的衔接时,兼顾公平与自由。

总之,本次民事诉讼法修改涉及的内容十分丰富,除上述内容外,还包括回避、送达、审理程序、审判公开、再审、执行等方面。这些修改必将更好地满足人民群众对司法的需求和期待,促进和谐社会的建设,实现社会的公平正义。

# 第一部分 2008—2012 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧

## 一、司法考试分值分布

|        | 单项选择题 | 多项选择题 | 不定项选择题 | 案例分析题 | 总 计 |
|--------|-------|-------|--------|-------|-----|
| 2012 年 | 13    | 16    | 12     | 20    | 61  |
| 2011 年 | 16    | 18    | 12     | 19    | 65  |
| 2010 年 | 14    | 16    | 8      | 20    | 58  |
| 2009 年 | 16    | 22    | 8      | 0     | 46  |
| 2008 年 | 16    | 22    | 8      | 22    | 68  |

## 二、命题基本规律与复习技巧

作为三大程序法之一,民事诉讼法在法学体系中具有非常重要的地位,是历年司法考试的主干课程,更有人将其与民法、刑法、刑事诉讼法并称为司法考试的“四大天王”。从具体分值来看,该法年均考查约为 70 分。几乎每年均出现一道 20 分左右的案例分析题,在 2009 年,命题者将案例分析题的考查放在了仲裁法部分,但考生应当注意的是,在今后对民事诉讼法的考查中出现一道案例分析题仍是主要模式。鉴于 2012 年民事诉讼法进行了重大修改,2013 年司法考试中民事诉讼法所占比重有可能加大,考生尤须注意。

### (一)命题基本规律

通过对历年试题的研究与分析,我们发现民事诉讼法的试题类型主要包括以下三种:(1)基本概念和基本理论的考查。过去,司法考试对这部分的主要考查方式为单纯考查基本概念和基本理论,比较简单。但近年来,单纯进行考查的情况呈现出逐年下降的趋势,考查的方式已变为考查两个或两个以上有联系、不易区分的基本概念和基本理论。(2)法律条文的考查。过去,司法考试对法律条文的主要考查方式为单独就某一法律条文进行考查。但近年来,单独考查某一法律条文的情况也越来越少,现已逐步侧重对于同一内容的多个法律条文的综合考查,同时需要准确把握法律条文立法本意的试题也逐渐出现在司法考试中。(3)对基本概念及其适用条件与法律条文的综合性考查。这类试题要求考生

在准确把握基本概念及其适用条件的同时,从题干中提炼出适用的条件,从而进行解答,这是一种较高层次的考查,难度最大。

总之,以比较分析、案例分析为切入点的综合分析能力,是今后民事诉讼法的重点考查方向。

### (二)复习技巧

在命题规律基本明晰的前提下,考生们就要以勤奋和技巧来应对司法考试,做到有的放矢。以下为大家提供一些民事诉讼法的复习技巧:

#### 1. 从正确的复习方向入手。

司法考试涉及的部门法非常广泛、知识点非常庞杂,考生们必须把握关键、正确的复习方向。第一是重点法条和司法解释。根据对历年试题中已考法条的归纳,70% 以上的法条和司法解释是重复考查的,尤其是新近颁布的相关法律规定以及重要司法解释的重要法条,考生应该特别予以注意,一定要做到烂熟于心,考试时才能得心应手。第二是历年真题。统计表明,每年司法考试重复考查的知识点高达 80%,解读历年真题是复习备考必不可少的最佳捷径。但考生们要注意的是,解读真题时不能就事论事,要学会举一反三,融会贯通,力争达到“以点带面”的效果;不能似是而非,要对每一道题目和每一个选项认真揣摩,做到知其然且知其所以然。第三是基础知识和基本理论。研究历年真题可以发现,司法考试命题朝着越来越注重基本理论的方向发展,有些题目是没有明确的法条依据的,需要考生对民事诉讼法学原理加强掌握,所以在法条之外,考生

应该注意对理论知识的复习,扎实的基础知识对于法条的理解和记忆也是大有裨益的。

## 2. 加强对基本概念准确把握。

首先,基本概念是基础的基础,把握好基本概念是做题的关键。2011年民事诉讼法就加大了基础理论基本概念考查力度。基于基本概念的基础性地位,在复习的第一阶段应当花大力气去掌握,把它们透彻地理解,以达到事半功倍的效果。其次,对难以区分的基本概念,准确进行理解,全面加以把握。在平时复习时,在掌握基本概念含义的基础上,考生应注意加强总结和比较,深刻进行理解。最后,在复习基本概念的同时,强化对相关法条及重点法条的立法本意的全面把握。例如,在复习反诉概念的时候,第一步必须知道什么是反诉,第二步要掌握反诉适用的条件,最后还要弄清楚法院对反诉是如何处理的,包括一审期间提出以及在二审中提出等各种情况。经过这样的复习,应该能够对反诉有一个比较全面地把握,即使出现了对法条无明文规定情况的考查,也不用担心,只要有了基础性的知识,再参考法条中对其他情形的有关规定,完全可以正确解答。

## 3. 对重点和难点知识的强化记忆和突破。

任何考试的试题都是有规律、有重点的,司法考试也不例外。在对考查范围内的知识点全面复习的基础上,更要下大力气对考试的重点和难点透彻理解、强化记忆、予以突破。结合近年来的考试题目及民事诉讼法自身的特性,司法考试民诉部分的重点和难点主要有:

(1)诉讼管辖。首先,要区分主管与管辖的不同;其次,要特别注意对特殊地域管辖的掌握,尤其是本次民事诉讼法修改增加的公司诉讼管辖和对协议管辖的调整;再次,要注意区分移送管辖和管辖权转移的不同,以及本次民事诉讼法修改增加的管辖权下移的限制条件;最后,需要掌握对管辖权异议的处理,以及本次民事诉讼法修改增加的应诉管辖。

(2)诉。重点掌握反诉的规定。反诉是近几年考试的热点,已从不同角度进行考查。考生仍应重点掌握反诉的实体要件和程序要件,以及法院对不同阶段的反诉的处理。

(3)当事人。重点掌握第三人和共同诉讼人。对于第三人,其一,掌握可以成为第三人的条件;其二,掌握对有独立请求权第三人和无独立请求权第三人的区分(从诉讼权利义务、参诉方式、诉讼地位、上诉权的享有等方面进行对比记忆);其三,掌握本次民事诉讼法修改增加的关于第三人撤销之诉的规定。对于共同诉讼人,要掌握共同诉讼的适用条件、普通共同诉讼和必要共同诉讼的区分。最后,需要

注意把第三人及共同诉讼人结合起来复习。

(4)证据。证据是近几年考试的重点和难点,考生需要结合学理及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事诉讼证据规定》)中的重点法条进行复习。需要掌握本次民事诉讼法修改对证据制度作出的重大调整,主要包括以下内容:①证据的种类;②鉴定程序启动;③证人和鉴定人出庭义务;④专家辅助人出庭作证;⑤人民法院出具证据收据的义务;⑥诉前证据保全。

(5)保全和先予执行。首先,本次民事诉讼法修改将第九章的章名“财产保全”修改为“保全”,增加了诉前证据保全和行为保全的内容,变化较大。其中诉讼中保全和诉前保全的区别是历年考试的重点,需要多加关注。其次,本次民事诉讼法修改删去了原民事诉讼法涉外编中的“财产保全”一章,涉外民事诉讼的财产保全从现在开始适用保全的一般规定。再次,熟悉抵押物、留置物保全的特别规定,结合担保法司法解释等法律法规进行记忆。最后,对于先予执行,需要掌握对紧急情况的界定和先予执行的三种情况。

(6)一审程序、二审程序。对于一审程序,重点掌握起诉的条件,不予受理的情况,开庭审理的各项程序和要求,延期审理、诉讼中止和诉讼终结的情形和区别。其中,本次民事诉讼法修改涉及的起诉状、答辩状内容的变化、开庭准备程序、先行调解制度和裁判文书的公开,更需要引起重视。对于二审程序,需要掌握二审程序中增加诉讼请求的处理和调解等内容。

(7)简易程序。本次民事诉讼法修改对简易程序作出了重大调整。增加了当事人的简易程序选择权和小额诉讼程序,考生需要全面掌握。

(8)审判监督程序。重点掌握当事人申请再审的条件、受理法院以及不得提起再审的情形,检察院启动审判监督程序的理由、方式和途径以及再审适用的审理程序。此外,还需要掌握本次民事诉讼法修改对审判监督程序作出的重大调整。关于当事人申请再审,变更了申请再审期限及管辖法院;关于检察院启动审判监督程序,扩大了检查监督的范围、增加了检查监督的方式、强化了检查监督的手段。

(9)执行程序。重点把握负责执行的法院、执行通知、执行依据、被执行人、执行措施、申请执行期限、执行和解和执行回转、执行中止和执行终结以及被执行人到期债权的执行的情形等内容。

以上提到的知识点考查的频率特别高,没有提到的其他章节也都有各自的重点。考生们要在全面复习的基础上,用心揣摩,把握其中的重点和难点并

予以突破。

#### 4. 与其他程序法的联系和区分记忆。

司法考试是对法律的全面考查而不是对单个部门法的考查。对于诉讼法来说,三大诉讼法都属于考查的范围而且都是重点,它们的很多规定既是相通的又是有区别的,这就非常容易造成混淆。所以复习的时候一定要把三大诉讼法结合在一起研究,掌握相同的原理,区分记忆不同的规定,尤其是细微的差别。而且要掌握适当的法学原理,如由于刑事诉讼法是涉及罪与非罪的问题,所以三大诉讼法中有相关规定的时候,刑事诉讼法的规定是最严格的;由于行政诉讼和民事诉讼有很多相同的地方且我国的行政诉讼还不是很完善,因而行政诉讼没有规定或规定不明确的可适用民事诉讼法的相关规定。这样就有利于考生区别记忆全面掌握。

#### 5. 注意与相关实体法的联系,把握特殊规定。

民事诉讼法是程序法,它是以实体法为基础的,其中的规定有相当一部分是和实体法紧密联系在一起的,比如说管辖中的合同纠纷或者其他财产权益纠纷的管辖就涉及合同法的很多内容,当当事人没约定管辖的法院时,那么由被告所在地或合同履行地法院管辖,司法考试中一般是不会直接告诉你合同履行地是哪个地方,这就需要考生运用《合同法》对合同履行地的相关规定作出判断;若是协议管辖,那么当事人可以选择原告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院管辖,如果当事人选择了合同签订地法院管辖,当纠纷发生时,就需要判断哪个地方是合同签订地,合同法规定如果双方当事人不是在同一地点签字的,则以最后签字盖章的地点为合同签订地。除了这些相关的知识外,有些实体法中也有关于管辖的特殊规定,如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)中就有关于主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的,应当根据主合同确定案件管辖,也就是说,当原告以债务人和一般担保人为共同被告提起诉讼时,只能根据债务人的情况来确定管辖法院,这和一般的有共同被告的时候可根据任何一个被告人

的情况确定管辖法院是不一样的。此外,考生应格外加强对新施行实体法律规定的关注,并做到与民事诉讼法结合进行掌握。如对于新施行的《侵权责任法》,考生应注意将其中的规定与民事诉讼法中当事人的确定、举证责任的分配等内容联系起来复习。由此可见,注意与相关实体法的联系,把握特殊规定也是十分重要的。

#### 6. 训练答题技巧。

考试是一门技巧,掌握了知识不代表你就能拿高分,还需要进行答题技巧的训练。掌握好答题技巧往往能达到出奇制胜的效果,考生应当不惜花力气打好这一关。关于具体的技巧,这里,结合司法考试自身的特点提两点:第一,现在的司法考试不仅题干中对问题的提出比较隐蔽,非得绕你一下不可,而且对选择项的设计也是非常巧妙的,不会直截了当地给你实质的东西,需要你去理解判断。结合这种情况,做题时就要剥壳找出实质来,举个简单的例子,对于一个选管辖法院的题,选择项中给出了四个地点,那你就得把各个地点转化为民诉中的地点,即把它们和被告住所地、侵权地等一一对应起来,有了这一步,就把所有隐含的东西全部暴露出来了,做题也就相对容易多了。第二,对时间的控制,这一点很重要。平时怎样安排时间都没太大关系,但到了考前一个月,就要进入状态,做题时需要合理地控制时间,尤其在做模拟题的时候更是如此,不能拖更不能急。大多数考生都会犯急躁的通病,一张模拟卷在一个小时内就做完了,这是很不正常也是要不得的。一张100道题的卷子,而且题干和选项都有很多隐含信息,这种情况下一个小时是远远不够的。司法考试每门考试时间是3个小时,包括涂卡的时间,因而做模拟题时,两个小时应该是个比较恰当的时间,这样既能保证仔细审题进入状态,又能在真正考试的时候留出检查的时间和涂卡的时间。当然,考生可根据自己的实际情况制定适合自己的策略,总之,就是要让自己进入状态发挥出真实的水平,不让自己在考场上留下遗憾。

#### 7. 认真研习历年真题。

## 第二部分 客观试题归类精解

### 一、基本概念

#### (一) 单项选择题

1. 唐某作为技术人员参与了甲公司一项新产品研发,并与该公司签订了为期2年的服务与保密合

同。合同履行1年后,唐某被甲公司的竞争对手乙公司高薪挖走,负责开发类似的产品。甲公司起诉至法院,要求唐某承担违约责任并保守其原知晓的产品。关于该案的审判,下列哪一说法是正确的?

(2012 年试卷三第 36 题)

- A. 只有在唐某与甲公司共同提出申请不公开审理此案的情况下,法院才可以不公开审理
- B. 根据法律的规定,该案不应当公开审理,但应当公开宣判
- C. 法院可以根据当事人的申请不公开审理此案,但应当公开宣判
- D. 法院应当公开审理此案并公开宣判

[答案] \* \_\_\_\_\_<sup>1</sup>

[考点] 审判公开原则的例外

[解析] 根据《民事诉讼法》第 134 条的规定:“人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开进行。离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。”可知,不公开审理包括法定不公开审理和依申请不公开审理两种情形。(1)法定不公开审理是指法律明确规定某些案件不得公开审理,包括以下三种情形:第一,涉及国家秘密的案件;第二,涉及个人隐私的案件;第三,法律另有规定的案件。对于该类案件,法院没有关于是否公开审理的裁量权。(2)依申请不公开审理是指某些案件依据当事人的申请,可以不公开审理,包括以下两种情形:第一,当事人申请不公开审理的离婚案件;第二,当事人申请不公开审理的涉及商业秘密的案件。注意,依申请不公开审理的案件,当事人可以单方申请。

本案的审理涉及甲公司的商业秘密,因此,甲公司依法可以单方申请不公开审理。选项 A 要求诉讼双方共同申请,是错误的。本案属于依申请不公开审理的案件,而非法定不公开审理的案件,选项 B 错误。选项 D 认为法院应当公开审理,也是错误的。再根据《民事诉讼法》第 148 条第 1 款规定:“人民法院对公开审理或者不公开审理的案件,一律公开宣告判决。”可知,人民法院宣告判决一律公开,因此,虽然本案属于依申请不公开审理的案件,但宣判应当一律公开,选项 C 正确。

[难度系数] \*

2. 关于民事诉讼法的性质,下列哪一说法是正确的?(2011 年试卷三第 35 题)

- A. 根据其调整的社会关系,民事诉讼法是程序法
- B. 根据其在法律体系中的地位,民事诉讼法是程序法
- C. 根据其规定的内容,民事诉讼法是程序法
- D. 根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是程序法

[答案] \_\_\_\_\_<sup>2</sup>

[考点] 民事诉讼法的属性

[解析] 关于民事诉讼法的属性我们可以从以下四个方面加以理解:

(1)民事诉讼法是基本法。就民事诉讼法在我国社会主义法律体系中的地位而言,它属于基本法律,民事诉讼法的立法权在全国人民代表大会,其效力仅低于宪法。由此可知,选项 B 中根据民事诉讼法在法律体系中的地位,民事诉讼法应是基本法而不是程序法。因此,选项 B 错误。

(2)民事诉讼法是部门法。从民事诉讼法调整的社会关系来看,它调整的是民事诉讼关系,是社会关系中具有自身特点的一类社会关系。这决定了民事诉讼法能够成为一个独立的法律部门。由此可知,选项 A 中根据民事诉讼法调整的社会关系,民事诉讼法应是部门法而不是程序法。因此,选项 A 错误。

(3)民事诉讼法是程序法。从民事诉讼法的内容来看,它规定的主要是程序问题。除总则外,民事诉讼法规定了第一审程序、第二审程序、审判监督程序、特别程序、督促程序、公示催告程序、执行程序等。民事诉讼法在主要规定诉讼程序的同时,还规定了一些同民事诉讼相关的非讼程序。由此可知,选项 C 中根据民事诉讼法规定的内容,民事诉讼法是程序法,是正确的。因此,选项 C 正确。

(4)民事诉讼法是公法不是私法。现在法学理论一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法,而凡属个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。当民事纠纷产生之后,当事人往往诉诸法律,人民法院要代表国家解决纠纷,同时人民法院的裁判得不到履行时,人民法院要运用国家强制力来保证裁判的执行。由此可知,根据公法与私法的划分标准,民事诉讼法是公法而不是程序法。因此,选项 D 错误。

[难度系数] \*

3. 关于民事仲裁与民事诉讼的区别,下列哪一选项是正确的?(2011 年试卷三第 36 题)

\* 为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。同时,为方便考生更好地备考 2013 年司法考试,本书真题答案及解释均以 2013 年 1 月 1 日开始施行的新《民事诉讼法》为准并做相应调整。——编者注

单选 1. C 2. C



✓ A. 具有给付内容的生效判决书都具有执行力, 具有给付内容的生效裁决书没有执行力

B. 诉讼中当事人可以申请财产保全, 在仲裁中不可以申请财产保全

C. 仲裁不需对案件进行开庭审理, 诉讼原则上要对案件进行开庭审理

D. 仲裁机构是民间组织, 法院是国家机关

[答案] \_\_\_\_\_<sup>3</sup>

[考点] 民事诉讼与仲裁的区别

[解析] 根据《民事诉讼法》第 224 条第 1 款的规定, 发生法律效力民事判决、裁定, 以及刑事判决、裁定中的财产部分, 由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。由此可知, 发生法律效力的具有给付内容的民事判决都有执行力; 根据《仲裁法》第 62 条的规定, 当事人应当履行仲裁裁决。一方当事人不履行的, 另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行, 受申请的人民法院应当执行。可见, 具有给付内容的生效裁决书也具有执行力。选项 A 错误。

根据《民事诉讼法》第 100 条第 1 款的规定, 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因, 使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件, 根据对方当事人的申请, 可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为; 当事人没有提出申请的, 人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。根据《仲裁法》第 28 条第 1 款的规定, 一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因, 可能使裁决不能执行或者难以执行的, 可以申请财产保全。因此, 当事人在诉讼和仲裁程序中都可以申请财产保全, 选项 B 错误。

根据《仲裁法》第 39 条的规定, 仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的, 仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。仲裁原则上应当开庭审理。法院适用一审程序, 不论是对公开审理的案件还是不公开审理的案件, 都一律进行开庭审理。二审法院原则上要对案件进行开庭审理, 只有经过阅卷、调查和询问当事人, 对没有提出新的事实、证据或者理由, 合议庭认为不需要开庭审理的, 才可以不开庭审理而径行判决。也就是说, 诉讼原则上也应当开庭审理。由此可知, 无论是仲裁还是诉讼原则上都应开庭审理。所以, 选项 C 错误。

关于仲裁机构的性质, 《仲裁法》第 15 条第 1 款规定了中国仲裁协会是社会团体法人。社会团体法人是指自然人或法人自愿组成, 为实现会员共同意愿, 按照其章程开展活动的非营利性社会组织。泛

指国家机关、企业、事业单位以外的社会组织。也就是说, 中国仲裁协会的性质是社会组织。因此, 作为其会员的仲裁机构的性质也应为社会组织, 即民间组织。而人民法院的性质是国家司法机关, 国家机关。因此, 仲裁机构是民间组织, 法院是国家机关的提法正确, 选项 D 正确。

[难度系数] \* \*

4. 甲因乙久拖房租不付, 向法院起诉, 要求乙支付半年房租 6000 元。在案件开庭审理前, 甲提出书面材料, 表示时间已过去 1 个月, 乙应将房租增至 7000 元。关于法院对甲增加房租的要求的处理, 下列哪一选项是正确的? (2011 年试卷三第 37 题)

A. 作为新的诉讼受理, 合并审理

B. 作为诉讼标的变更, 另案审理

C. 作为诉讼请求增加, 继续审理

D. 不予受理, 告知以甲可另行起诉

[答案] \_\_\_\_\_<sup>4</sup>

[考点] 诉、诉讼标的、诉讼请求

[解析] 诉是指当事人向法院提出的确认或者改变某种法律关系以及维护其合法权益的请求。诉具有三要素, 具体包括: 诉的主体、诉的标的、诉的理由。诉的主体即当事人, 本诉中的主体始终是甲为原告乙为被告而没有变更; 诉讼标的是指当事人之间发生争议并请求法院作出裁判的民事权利义务关系, 是法院裁判的对象。本案中的诉讼标的一直都是甲乙之间的债权债务关系而没有变更; 诉的理由, 即当事人提出诉讼请求所依据的事实与法律依据, 本案中的事实依据是乙拖欠甲房租不付的事实, 法律依据是《合同法》规定的债务人的合同履行义务, 也就是说, 当事人提出诉讼请求所依据的事实与法律依据均没有变更。

由此可知, 本案中诉的主体、诉的标的及诉的理由都没有变更, 所以本案中只有一个诉而没有新的诉讼, 关于合并审理的情形, 我国《民事诉讼法》第 140 条规定, 原告增加诉讼请求, 被告提出反诉, 第三人提出与本案有关的诉讼请求, 可以合并审理。由于本题中没有新的诉讼, 选项 A 将甲增加房租的要求作为新的诉讼合并审理的做法错误。因此, 选项 A 错误。

通过选项 A 中对诉讼标的的分析可知, 本案中的诉讼标的一直都是甲乙之间的债权债务关系而没有变更, 所以选项 B 将甲增加房租的要求作为诉讼标的的变更而另案审理的做法错误。因此, 选项 B 错误。

诉讼请求是指当事人基于争议的实体权利义务关系向人民法院提出的具体实体要求。本题中, 乙



应将房租增至 7000 元的要求是基于甲乙之间的债权债务关系向人民法院提出的具体要求,属于诉讼请求的增加,法院应当继续审理而不是不予受理。因此,选项 C 正确,选项 D 错误。

**[难度系数]** \* \*

5. 关于民事诉讼法基本原则在民事诉讼中的具体体现,下列哪一说法是正确的?(2011 年试卷三第 38 题)

A. 当事人有权决定是否委托代理人代为进行诉讼,是诉讼权利平等原则的体现

B. 当事人均有权委托代理人代为进行诉讼,是处分原则的体现

C. 原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利,是同等原则的体现

D. 当事人达成调解协议不仅要自愿,内容也不得违法,是法院调解自愿和合法原则的体现

**[答案]** \_\_\_\_\_<sup>5</sup>

**[考点]** 民事诉讼基本原则

**[解析]** 民事诉讼的处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内行使自己的民事权利和诉讼权利。民事诉讼的处分原则要求当事人在诉讼中处于主导地位,其诉讼行为对法院具有严格的约束力,法院只能根据当事人的诉讼请求对案件进行裁判。由此可见,本题选项 A 中当事人决定是否委托代理人代为进行诉讼的权利是民事诉讼处分原则的体现,而不是诉讼权利平等原则的体现。因此,选项 A 错误。

民事诉讼的平等原则是指在民事诉讼中,当事人平等地享有和行使诉讼权利。根据《民事诉讼法》第 8 条的规定,民事诉讼当事人有平等的诉讼权利,人民法院审理民事案件应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。应当注意的是,当事人诉讼权利平等,并不是指当事人的诉讼权利相同。选项 B 强调的是“当事人均有权”,即任何当事人都平等地享有委托代理人进行诉讼这一权利,这是民事诉讼中平等原则的体现而不是处分原则的体现。因此,选项 B 错误。

民事诉讼的同等原则是指我国法律对在人民法院进行民事诉讼的外国人、无国籍人、外国企业和组织赋予他们同我国公民、法人和其他组织同等的诉讼权利义务。根据《民事诉讼法》第 5 条第 1 款的规定,外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。本题中,选项 C 未涉及外国人、无国籍人等与我国公民诉讼权利的比较,因此未体现同等原则。通过上文对平等原则的分析可

知,原告与被告在诉讼中有一些不同但相对等的权利是民事诉讼平等原则的体现而非同等原则。因此,选项 C 错误。

根据《民事诉讼法》第 9 条的规定,人民法院审理民事案件,应当根据自愿和合法的原则进行调解;调解不成的,应当及时判决。这是法院调解自愿和合法原则在我国法律中的体现。因此,选项 D 正确。

**[难度系数]** \* \*

6. 王某以借款纠纷为由起诉吴某。经审理,法院认为该借款关系不存在,王某交付吴某的款项为应支付的货款,王某与吴某之间存在买卖关系而非借用关系。法院向王某作出说明,但王某坚持己见,不予变更诉讼请求和理由。法院遂作出裁定,驳回王某的诉讼请求。关于本案,下列哪一说法是正确的?(2010 年试卷三第 36 题)

A. 法院违反了不告不理原则

B. 法院适用裁判形式错误

C. 法院违反了辩论原则

D. 法院违反了处分原则

**[答案]** \_\_\_\_\_<sup>6</sup>

**[考点]** 法院裁判形式、民事诉讼基本原则

**[解析]** 选项 ACD 是对民事诉讼基本原则的考查。诚实信用原则、不告不理原则、处分原则以及辩论原则都是民事诉讼基本原则。处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利,该原则主要包含以下三方面内容:(1)民事诉讼程序的启动必须依原告的起诉才能开始。(2)法院裁判的范围受当事人诉讼请求的制约,对于当事人没有提出的诉讼请求,法院不得超范围裁判。在诉讼中,当事人有权依法变更或增加诉讼请求。(3)当事人有权在法律规定的范围内自行决定诉讼的发展和终结,可以在法院作出判决前撤回起诉。而不告不理原则是处分原则的体现,是指民事诉讼程序的启动以及法院审理和裁判的范围应由当事人确定,法院无权对当事人的诉讼请求依职权进行变更或撤销。辩论原则是指当事人有权在法院的主持下,就案件的事实以及争议的焦点互相进行反驳和答辩。辩论原则要求认定案件事实的有关诉讼资料只能由当事人提出,否则不能作为法院裁判的依据。在本案中,不管是民事诉讼程序的启动,还是最终裁判的范围,法院均采取了遵循当事人意思的原则,没有违反不告不理原则或处分原则。而本案所述信息根本不涉及辩论原则。因此,选项 ACD 均错误。

选项 B 是对法院适用裁判形式的考查。判决和裁定都是法院对当事人请求作出裁判的形式。民事

判决是人民法院对争议案件经过审理后,以国家审判机关的名义,适用法律对案件中所涉及的当事人之间的实体问题所作出的司法判定。民事裁定是人民法院在审理民事案件的过程中,为保证审理工作的顺利进行,就诉讼中的程序性问题所作出的司法判定。根据《民事诉讼法》第154条的规定,裁定适用于下列范围:不予受理;对管辖权有异议的;驳回起诉;财产保全和先予执行;准许或者不准许撤诉;中止或者终结诉讼;中止或者终结执行;补正判决书中的笔误;不予执行仲裁裁决;不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书;其他需要裁定解决的事项。本案中驳回王某的诉讼请求,不属于《民事诉讼法》第154条规定的裁定适用范围,而属于对当事人之间的实体问题所作出的结论性判定,应以判决的形式做出,因此,本案中法院适用裁判形式错误,选项B正确。

[难度系数] \*\*

7. 关于回避,下列哪一说法是正确的?(2010年试卷三第37题)

- A. 当事人申请担任审判长的审判人员回避的,应由审委会决定
- B. 当事人申请陪审员回避的,应由审判长决定
- C. 法院驳回当事人的回避申请,当事人不服而申请复议,复议期间被申请回避人不停止参与本案的审理工作
- D. 如当事人申请法院翻译人员回避,可由合议庭决定

[答案] 7

[考点] 回避

[解析] 关于当事人回避申请的决定主体,根据《民事诉讼法》第46条的规定,院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;审判人员的回避,由院长决定;其他人员的回避,由审判长决定。《民事诉讼法》第39条第3款规定,陪审员在执行陪审职务时,与审判员有同等的权利义务。而根据《民事诉讼法》第44条第4款的规定,当事人可依法对书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人申请回避。根据上述法律规定可以归纳出以下三点内容,其一,院长担任审判长的回避,由审委会决定。其二,包括审判长、陪审员在内的审判人员的回避,应由院长决定。其三,法院翻译人员等其他人员回避的,应由审判长决定。因此,选项ABD错误。

关于回避决定复议期间被申请回避人员是否停止参与本案工作的问题,根据《民事诉讼法》第47条的规定可知,人民法院对当事人提出的回避申请,应当在申请提出的3日内,以口头或者书面形式作出

决定。申请人对决定不服的,可以在接到决定时申请复议一次。复议期间,被申请回避的人员,不停止参与本案的工作。人民法院对复议申请,应当在3日内作出复议决定,并通知复议申请人。可见,法院驳回当事人的回避申请,当事人不服而申请复议的,复议期间被申请回避人不停止参与本案的审理工作。因此,选项C正确。

注意:本次民事诉讼法修改对回避制度作出了重大调整。关于回避方式,在原民事诉讼法申请回避的基础上,增加自行回避作为回避方式之一。自行回避又称“法定回避”,是指审判人员及其他人遇有法律规定的回避情形,必须主动退出对案件的审理或停止有关职务活动。关于回避事由,增加审判人员“与诉讼代理人有其他关系,可能影响对案件公正审理”以及“接受当事人、诉讼代理人请客送礼,或者违反规定会见当事人、诉讼代理人”作为回避的事由。

[难度系数] \*\*

8. 关于合议庭评议案件,下列哪一表述是正确的?(2010年试卷三第38题)

- A. 审判长意见与多数意见不同的,以其意见为准判决
- B. 陪审员意见得到支持、形成多数的,可按该意见判决
- C. 合议庭意见存在分歧的,也可提交院长审查决定
- D. 审判人员的不同意见均须写入笔录

[答案] 8

[考点] 合议庭评议

[解析] 《民事诉讼法》第42条规定,合议庭评议案件,实行少数服从多数的原则。评议应当制作笔录,由合议庭成员签名。评议中的不同意见,必须如实记入笔录。由此可见,其一,评议中审判人员的不同意见,均须写入笔录。其二,合议庭意见存在分歧或不一致的,应遵循少数服从多数的原则,具体而言:(1)此时审判长的意见与其他审判人员或是陪审员的意见具有同等效力。不管该多数人的意见是审判长的意见,还是陪审员或者其他审判人员的意见,均应当且必须以该多数人的意见为准判决,而不是可以按该意见判决。反之,如果某意见没有形成多数意见,即使该意见是审判长的意见,也不能按该意见判决。(2)在合议庭意见存在分歧的情况下,应按多数人的意见为准判决,不必将案件提交院长审查决定。但如果案件属于重大、疑难案件,可提交审判委员会讨论决定。因此,选项D正确,选项ABC错误。

〔陷阱点拨〕 本题考生应注意的是合议庭评议与仲裁庭评议的区分。合议庭评议与仲裁庭评议相同的是二者都是遵循少数服从多数原则,按多数审判人员或者仲裁员的意见作出判决或者裁决。不同的是在不能形成多数人意见的处理上,在民事诉讼中,合议庭不能形成多数人意见时,不得按照审判长的意见作出判决。而在仲裁中,仲裁庭不能形成多数人意见时,裁决应按照首席仲裁员的意见作出。

〔难度系数〕 \*\*

9. 甲公司起诉要求乙公司交付货物。被告乙公司向法院主张合同无效,应由原告甲公司承担合同无效的法律后果。关于本案被告乙公司主张的性质,下列哪一说法是正确的?(2009年试卷三第36题)

- ✓ A. 该主张构成了反诉  
B. 该主张是一种反驳  
C. 该主张仅仅是一种事实主张  
D. 该主张是一种证据

〔答案〕 A<sup>9</sup>

〔考点〕 反诉、反驳

〔解析〕 《民事诉讼法》第51条规定,原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求,有权提起反诉。反诉是指在已经开始的民事诉讼程序中,本诉的被告向本诉的原告提出的旨在抵销或吞并其诉讼请求的一种独立的反请求。在本题中,甲公司的诉讼请求是要求乙公司交付货物,乙公司则主张合同无效,并且应由甲公司承担合同无效的法律后果。也就是说,如果乙公司此种主张能够成立,自然能够起到抵销或吞并甲公司要求其交付货物的诉讼请求的效果。可见,乙公司的主张构成了反诉,而并非是一种事实主张,更不是一种证据。因此,选项A正确,选项C、D均错误。

同反诉相同的是,反驳也是《民事诉讼法》赋予被告用以对抗原告诉讼请求的一种诉讼权利。然而,反诉与反驳具有明显的差异:(1)反诉是一种可以独立存在的诉,具有诉的性质,能够起到抵销或吞并本诉原告诉讼请求的效果,而反驳则是一种具体的诉讼行为,不是一个独立存在的诉;(2)反诉具有相对独立性,即使原告撤回本诉,也不会影响反诉的存在,而反驳则不同,一旦原告撤回起诉,反驳也就失去了意义;(3)反诉的目的在于抵销或吞并原告的诉讼请求,对原告也提出了独立的反请求,而反驳的目的只是否定原告的诉讼请求,没有独立的诉讼请求。结合本题,乙公司的主张能够起到抵销或吞并

甲公司诉讼请求的效果,即使甲公司撤回要求乙公司交付货物的诉讼请求,乙公司向法院主张合同无效且应由原告甲公司承担合同无效的法律后果的主张也能够独立存在。由此可见,乙公司的主张构成反诉,而不是反驳。因此,选项B错误。

〔难度系数〕 \*\*

10. 刘某习惯每晚将垃圾袋放在家门口,邻居王某认为会招引苍蝇并影响自己出入家门。王某为此与刘某多次交涉未果,遂向法院提起诉讼,要求刘某不得将垃圾袋放在家门口,以保证自家的正常通行和维护环境卫生。关于本案的诉讼标的,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷三第37题)

A. 王某要求刘某不得将垃圾袋放在家门口的请求

B. 王某要求法院保障自家正常通行权的请求

C. 王某要求刘某维护环境卫生的请求

D. 王某和刘某之间的相邻关系

〔答案〕 B<sup>10</sup>

〔考点〕 诉讼标的

〔解析〕 本题主要考查的是诉讼标的的理论,并涉及民法中相邻关系的问题。诉讼标的是指当事人之间发生争议并请求法院作出裁判的民事权利义务关系。诉讼标的是诉的客体,是法院裁判的对象。而相邻关系是指相邻各方在对各自所有的或使用的不动产行使所有权或使用权时,因相互间依法应给予方便或接受限制而发生的权利义务关系。不动产所有人和使用人在行使权利时,应给予相邻的不动产所有人和使用人以行使权利必要的便利。本案中,刘某放置垃圾的行为应给予其邻居王某出行必要的便利,双方之间发生争议并请求法院作出裁判的民事权利义务关系为相邻关系,再结合诉讼标的理论,本案中的诉讼标的是王某和刘某之间的相邻关系,选项D正确。

诉讼请求是指基于民事法律关系而向法院提出作出特定裁判的请求。显然,选项A所述的要求刘某不得将垃圾袋放在家门口的请求、选项B所述的要求法院保障自家正常通行权的请求以及选项C所述的要求刘某维护环境卫生的请求均是王某基于其与刘某之间的相邻关系而向法院提出作出特定裁判的请求,也就是说,选项ABC所述均是王某向法院提出的诉讼请求,而非本案的诉讼标的。因此,选项ABC均错误。

〔难度系数〕 \*\*

11. 甲向法院起诉,要求判决乙偿还借款本金2万元。在案件审理中,借款事实得以认定,同时,法院还查明乙逾期履行还款义务近一年,法院遂根据

银行同期定期存款利息,判决乙还甲借款本金2万元,利息520元。关于法院对该案判决的评论,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷三第38题) **B**

A. 该判决符合法律规定,实事求是,全面保护了权利人的合法权益

B. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则

C. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的辩论原则

D. 该判决不符合法律规定,违反了民事诉讼的平等原则

[答案] \_\_\_\_\_<sup>11</sup>

[考点] 民事诉讼基本原则

[解析] 本题是对包括平等原则、辩论原则以及处分原则在内的民事诉讼基本原则的考查。民事诉讼的处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内行使自己的民事权利和诉讼权利。根据《民事诉讼法》第13条第2款的规定,当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。民事诉讼的处分原则要求当事人在诉讼中处于主导地位,其诉讼行为对法院具有严格的约束力,法院只能根据当事人的诉讼请求对案件进行裁判。在本题中,甲的诉讼请求仅是要求法院判决乙返还借款本金2万元,法院却判决乙不仅需返还本金2万元,还需返还利息520元。该判决内容超出了当事人诉讼请求的范围,不符合法律规定,违反了民事诉讼的处分原则,没有全面保护权利人的合法权益。因此,选项B是正确的,选项A是错误的。

民事诉讼的辩论原则是指当事人有权在法院的主持下,就案件的事实以及争议焦点互相进行反驳和答辩。对此,《民事诉讼法》第12条明确规定:“人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。”对于辩论原则我们可以从以下方面理解:第一,在整个审判过程中当事人都可以行使其辩论权;第二,辩论的内容广泛,既可以是程序方面的问题,也可以是实体方面的问题;第三,辩论的形式多样,既可以口头辩论也可以书面辩论。在对辩论原则的理解上,我们还应该注意法院审判权行使范围与当事人辩论内容的关系,基于民事诉讼所解决争议的私权性质,人民法院行使审判权审理与裁判的内容应以当事人主张与辩论的内容为限,即未经当事人主张与辩论的对象不得成为人民法院审理与裁判的对象,也就是说,法院审理与裁判的对象应以当事人的诉讼请求为限。辩论原则要求,认定案件事实的诉讼材料只能来源于当事人,直接决定法律后果的必要事实也必须在当事人之间的辩论中出现,未经当事人主张

与辩论的事实不得成为人民法院裁判的依据。本案中,甲起诉仅要求法院判决乙返还本金2万元,法院却超出甲的诉讼请求范围,判决乙返还甲借款本金2万元之外,另需返还甲利息520元。可见,利息520元的事实并没有在甲乙的诉讼请求中出现,当然更不可能在辩论中出现,那么,法院对未经当事人主张与辩论的事实进行了审理,便是对辩论原则的违反,因此,我们认为,从辩论原则的本质和要求上来看,法院的做法违反了辩论原则,C选项也应入选,但是由于本题为单项选择题,作为考试技巧,应当本着优中选优的原则,B选项更符合题意,若本题为多项选择或不定项选择,C选项也应入选。

民事诉讼的平等原则是指在民事诉讼中,当事人平等地享有和行使诉讼权利。根据《民事诉讼法》第8条的规定,民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保障和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。应当注意的是,当事人诉讼权利平等,并不是指当事人的诉讼权利相同。而本题所给信息并未表明法院在判决中有违反民事诉讼平等原则的行为,选项D是错误的。

[难度系数] \* \*

(二) 多项选择题

1. 下列哪些选项是1991年颁布实行的《民事诉讼法》(2007年修正)未作规定的制度?(2012年试卷三第77题)

A. 公益诉讼制度

B. 恶意诉讼规制制度

C. 检察监督中的抗诉制度

D. 诉讼保全制度中的行为保全制度

[答案] \_\_\_\_\_<sup>1</sup>

[考点] 民事诉讼法修改

[解析] 本题是对2012年民事诉讼法修改的考查,属于对于民事诉讼领域热点问题的考查,形式比较直接,纯属记忆内容。提醒考生在对司法考试的复习过程中,除了掌握书本知识外,对于时事热点问题也应多加关注。

根据2012年8月31日第十一届人大常委会第二十八次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第9条可知,本次民事诉讼法修改在原民事诉讼法的基础上增加一条,作为第55条:“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。”该法条是关于公益诉讼的规定,原民事诉讼法并未有此规定。因此,选项A正确。